



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2009

**BGH, Urt. v. 27.3.2009 – 2 StR 302/08. Beschlagnahme und Verwertung
von Dritte beleidigenden Schreiben des beschuldigten Verteidigers an seinen
Mandanten**

Wohlers, Wolfgang

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-30167>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Wohlers, Wolfgang (2009). BGH, Urt. v. 27.3.2009 – 2 StR 302/08. Beschlagnahme und Verwertung von Dritte beleidigenden Schreiben des beschuldigten Verteidigers an seinen Mandanten. Juristische Rundschau, (12):523-526.

StPO §§ 97 Abs. 1 Nr. 1, 108, 148 Abs. 1; StGB § 185

1. In einem Strafverfahren gegen einen Strafverteidiger stehen weder § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO noch § 148 Abs. 1 StPO der Beschlagnahme und Verwertung von Schreiben des beschuldigten Verteidigers an seinen Mandanten entgegen.

2. Ein Mandatsverhältnis begründet keine Straffreiheit für persönliche Schmähungen Dritter, die ein Strafverteidiger gegenüber seinem Mandanten äußert.

BGH, Urt. v. 27. 3. 2009 – 2 StR 302/08*.

Aus den Gründen:

1 Das Landgericht hat den Angeklagten, einen Rechtsanwalt, wegen Beleidigung zu einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu je 150 Euro verurteilt. Von den Vorwürfen einer weiteren Beleidigung, der versuchten Strafvereitelung in Tateinheit mit Beihilfe zur uneidlichen Falschaussage sowie der versuchten Anstiftung zur uneidlichen Falschaussage hat es ihn freigesprochen.

2 Die Revision des Angeklagten, die sich mit der Sachrüge und einer Verfahrensrüge gegen seine Verurteilung wegen Beleidigung richtet, bleibt ohne Erfolg. Die vom Generalbundesanwalt nicht vertretene, auf den Vorwurf der versuchten Strafvereitelung in Tateinheit mit Beihilfe zur uneidlichen Falschaussage beschränkte Revision der Staatsanwaltschaft führt mit der Sachrüge zur Aufhebung des Urteils.

3 I. Revision des Angeklagten

4 Das Landgericht hat seine Verurteilung wegen Beleidigung gegen den Widerspruch des Angeklagten in der Hauptverhandlung auf ein bei einer Durchsuchung des Haftraums seines früheren Mandanten von T. sichergestelltes und beschlagnahmtes Schreiben des Angeklagten gestützt, in dem der Angeklagte den Vorsitzenden Richter des damaligen Strafverfahrens u. a. als »unfähigen und faulen Richter« bezeichnete, »an dessen Verstand man mit Fug und Recht zweifeln muss.«

5 1. Die Rüge, das Landgericht habe damit unter Verstoß gegen § 148 StPO beschlagnahmefreie Verteidigerkorrespondenz verletzen und rechtsfehlerhaft zu Lasten des Angeklagten verwertet, ist unbegründet.

6 a) Der Durchsuchung des Haftraums und Beschlagnahme des Briefes liegt folgender Verfahrensablauf zugrunde:

7 Der Angeklagte war in dem Verfahren 8007 Js 25900/04.5 KLs vor der 3. (Großen) Strafkammer für den dortigen Angeklagten T. als Verteidiger in der Hauptverhandlung tätig. T. lag u. a. zur Last, versucht zu haben, den Privatdetektiv P. zur Begehung einer räuberischen Erpressung zu bestimmen, indem er ihn beauftragte, den Geschädigten H. gewaltsam zur Unterzeichnung eines von ihm vorgefertigten Kaufvertrages zu zwingen. Dieser Vorwurf beruhte im Wesentlichen auf den Angaben des Zeugen P. Dieser bekundete im Hauptverhandlungstermin vom 21. 6. 2005 der Wahrheit zuwider, dass er T. nicht kenne und dieser nicht sein Auftraggeber gewesen sei. Nach einer Unterbrechung der Hauptverhandlung berichtigte er seine Aussage und erklärte, dass er vor seiner Vernehmung mit dem Verteidiger des T., dem Angeklagten, telefoniert und über seine Aussage gesprochen habe.

8 Aufgrund dieser Aussage leitete die Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren gegen den Angeklagten und seinen Mitverteidiger wegen des Verdachts der Beihilfe zur uneidlichen Falschaussage in Tateinheit mit versuchter Strafvereitelung ein. Bei einer Durchsuchung der Kanzleiräume des Angeklagten wurden am 1. 7. 2005 u. a. an der Postkontrolle vorbeigeleitete Schreiben des T. an Zeugen in dem dortigen Verfahren sichergestellt.

9 Auf Antrag der Staatsanwaltschaft ordnete das Amtsgericht Trier am 5. 7. 2005 in dem Ermittlungsverfahren gegen den Angeklagten und den Mitverteidiger wegen des Verdachts der versuchten Strafvereitelung pp. gemäß §§ 94, 98, 103, 105 StPO auch die Durchsuchung des Haftraums des T. und Beschlagnahme dort vorgefundener Beweismittel an. Gegen den Ange-

klagten bestehe der Verdacht, Briefe seines Mandanten an der gerichtlichen Postkontrolle vorbei aus der JVA Tr. verbracht und weitergeleitet zu haben, obwohl diese ihrem Inhalt nach dazu geeignet und bestimmt gewesen seien, Zeugen in ihrem Aussageverhalten zu beeinflussen und zu Falschaussagen zu bestimmen. Es sei nicht auszuschließen, dass in gleicher Weise Briefe in die JVA Tr. verbracht und an T. ausgehändigt worden seien.

10 Am 5. 7. 2005 wurde auf Grund dieses Beschlusses der Haftraum von T. durchsucht und der verfahrensgegenständliche Brief des Angeklagten gefunden. Am 14. 7. 2005 ordnete das Amtsgericht Trier die Beschlagnahme des sichergestellten Schreibens wegen des Verdachts der Beleidigung des Vorsitzenden Richters und des Betruges zum Nachteil seines Mandanten an.

11 Im Termin vom 15. 7. 2005 legte das Landgericht Trier auf Antrag der Staatsanwaltschaft auf Ausschließung des Angeklagten als Verteidiger in dem Verfahren gegen T. die Akten dem Oberlandesgericht Koblenz vor und ordnete gemäß § 138 c Abs. 3 StPO das Ruhen seiner Verteidigerrechte an. Das Ausschließungsverfahren wurde vom Oberlandesgericht eingestellt, nachdem der Angeklagte sein Mandat für T. niedergelegt und erklärt hatte, dass er es nicht mehr aufnehmen werde.

12 b) Das Landgericht meint, der Brief habe beschlagnahmt werden dürfen. Die Rechtsprechung zur Beschlagnahmefreiheit von Aufzeichnungen des Angeklagten zur Prozessvorbereitung sei vorliegend nicht einschlägig. Es habe sich um ein Schriftstück des Verteidigers, nicht des Gefangenen gehandelt. Außerdem habe es sich nicht im Gewahrsam des Verteidigers, sondern in dem seines Mandanten befunden. Es sei nicht erkennbar, dass der Brief Verteidigungszwecken gedient habe. Das Verteidigerrecht des damaligen Angeklagten T. sei nicht beeinträchtigt worden. Die Beschlagnahme sei vielmehr auf Grund einer Durchsuchungsanordnung wegen des Anfangsverdachts der versuchten Strafvereitelung gegen den jetzigen Angeklagten und nicht zwecks Verwertung in dem damaligen Verfahren gegen T. ergangen.

13 c) Dies hält im Ergebnis rechtlicher Nachprüfung stand. Das Landgericht durfte den im Haftraum des T. gefundenen und beschlagnahmten Verteidigerbrief verwerten. Der Brief war weder nach § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO beschlagnahmefrei, noch stand der Beschlagnahme § 148 Abs. 1 StPO entgegen.

14 aa) Der Brief des Angeklagten an T. war schon kein gemäß § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO der Beschlagnahme nicht unterliegender Gegenstand. Die Durchsuchung des Haftraumes und die Beschlagnahme des dort aufgefundenen Briefes erfolgten im Verfahren gegen den Angeklagten als Beschuldigten, nicht in seiner Eigenschaft als Verteidiger und damit als Person, die zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt ist. § 97 Abs. 1 StPO ist nicht anwendbar, wenn der Zeugnissverweigerungsberechtigte wie im vorliegenden Fall selbst Beschuldigter der Straftat ist (vgl. BGHSt 38, 144, 146 f.; BVerfG NJW 2005, 965; OLG Frankfurt NJW 2005, 1727, 1730; *Nack* in KK StPO, 6. Aufl. § 97 Rdn. 8; *Meyer-Goßner* StPO 51. Aufl. § 97 Rdn. 10; *Schäfer* in Löwe-Rosenberg StPO, 25. Aufl. § 97 Rdn. 25 m. w. N.; *Wohlers* in SK-StPO 2008 § 97 Rdn. 13).

15 Dies folgt schon aus dem Wortlaut des § 97 Abs. 1 StPO, der zwischen den Prozessrollen des Beschuldigten und der Person differenziert, die zur Verweigerung des Zeugnisses in dem gegen ihn gerichteten Verfahren berechtigt ist. Das schließt es aus, § 97 Abs. 1 StPO auch in Verfahren anzuwenden, die sich gegen den Zeugnissverweigerungsberechtigten selbst richten. Die Unanwendbarkeit auf Verfahren gegen Berufsheimnisträger ergibt sich darüber hinaus aus dem Zweck der Vorschrift. § 97 StPO ergänzt die Regelungen über das Zeugnisverweigerungsrecht und soll deren Umgehung verhindern (BGHSt 38, 144, 146). Berufsheimnisträger werden nur geschützt, soweit ihr Zeugnisverweigerungsrecht im Verfahren gegen den Beschuldigten reicht, nicht aber soweit ihr Individualinteresse als selbst beschuldigte

Personen betroffen ist (vgl. *Wasmuth* NJW 1989, 2297, 2302). Insofern besteht auch keine Regelungslücke.

16 Aus § 97 Abs. 2 Satz 3 StPO folgt, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit eigenen strafbaren Verhaltens des Geheimnisträgers gesehen und unter den dort normierten Voraussetzungen für regelungsbedürftig gehalten hat. Auch in diesen Fällen geht es jedoch stets um den Geheimnisträger in seiner Prozessstellung als Zeuge, nicht als Beschuldigter (vgl. BGHSt 38, 144, 146 f.).

17 bb) Ein über § 97 Abs. 1 StPO hinausgehendes Beschlagnahmeverbot kann auch nicht aus § 148 StPO entnommen werden. Entgegen der Auffassung der Revision lässt sich aus § 148 StPO nicht ableiten, dass Eingriffe in die Kommunikation des Verteidigers mit seinem Mandanten jedenfalls bis zu einer Entscheidung über das vorläufige Ruhen der Verteidigerrechte nach § 138 c Abs. 3 StPO generell – und damit auch dann, wenn das Verfahren gegen den Verteidiger als Beschuldigten geführt wird – unzulässig sind (vgl. etwa *Schäfer* in LR-StPO 25. Aufl. § 97 Rdn. 95 f.). Zwar normiert § 148 Abs. 1 StPO den Grundsatz des ungehinderten schriftlichen und mündlichen Verkehrs zwischen Verteidiger und Beschuldigtem als unabdingbare Voraussetzung einer freien Verteidigung (vgl. BGHSt 27, 260, 262). Die Verteidigung soll damit grundsätzlich von jeder Behinderung oder Erschwerung freigestellt sein. Das bedeutet aber nicht, dass § 148 StPO einen generellen Vorrang vor der Vorschrift des § 97 StPO genießt und deren Anwendungsvoraussetzungen überflüssig macht.

18 Vielmehr ist nach § 148 StPO der Verkehr zwischen Verteidiger und Beschuldigtem nur für die Zwecke der Verteidigung frei. Nur in seiner Eigenschaft und in Wahrnehmung seiner Aufgabe als Verteidiger ist der schriftliche und mündliche Verkehr des Verteidigers mit dem Beschuldigten geschützt (vgl. BGH NJW 1973, 2035). Straftaten, die er bei Gelegenheit der Verteidigung eines Beschuldigten begeht, unterfallen diesem Schutz nicht. Daraus folgt, dass die Beschlagnahme und Verwertung von Beweismitteln zulässig ist, soweit der Verteidiger – wie hier – selbst Beschuldigter ist (vgl. OLG Frankfurt NJW 2005, 1727, 1730; *Meyer-Goßner* StPO 51. Aufl. § 97 Rdn. 4). Dies muss insbesondere dann gelten, wenn es wie im vorliegenden Fall mit der Beleidigung des Vorsitzenden Richters nicht um den Vorwurf der Beteiligung an der Straftat geht, die dem Mandanten vorgeworfen wird, sondern um einen davon unabhängigen Lebenssachverhalt.

19 Hiergegen kann nicht eingewendet werden, dass der Mandant durch das Bekanntwerden der Verteidigerpost in seinen eigenen Verteidigungsinteressen schutzlos gestellt wird. Das aus der Beschlagnahme in dem Verfahren gegen den beschuldigten Verteidiger erlangte Wissen ist nur in dem gegen diesen gerichteten Verfahren verwertbar (vgl. *Beulke* in FS für Lüderssen S. 693, 707). Im Verfahren gegen den Mandanten ist seine Verwertung dagegen durch § 97 Abs. 1 StPO ausgeschlossen (vgl. *Krekeler* NStZ 1987, 199, 202; *Wohlers* in SK-StPO 2008 § 97 Rdn. 14). Denn insoweit ist die von der Vorschrift für das Beschlagnahmeverbot vorausgesetzte Verteilung der Prozessrollen zwischen dem Mandanten als Beschuldigtem auf der einen und dem Verteidiger als Berufsgeheimnisträger auf der anderen Seite gewahrt.

20 Mangels Anwendbarkeit des § 97 Abs. 1 StPO kommt es danach entgegen den Ausführungen des Generalbundesanwaltes auf die zum Ausschluss der Beschlagnahmefreiheit (§ 97 Abs. 2 Satz 3 StPO) entwickelten Grundsätze, insbesondere das Vorliegen eines gravierenden Verstrickungsverdachts gegen den Verteidiger (BGH NJW 1973, 2035; NStZ 2001, 604, 606; Beschluss vom 22. 11. 2000 – 1 StR 375/00) nicht an. Auch § 160 a StPO ist schon nach seinem Wortlaut nicht auf selbst beschuldigte Berufsgeheimnisträger anwendbar (*Meyer-Goßner* StPO § 160 a Rdn. 1).

21 cc) Es bestehen auch im Übrigen keine verfahrensrechtlichen Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der mit Durch-

suchungs- und Beschlagnahmebeschluss des Amtsgerichts Trier vom 5. 7. 2005 angeordneten Durchsuchung der Haftzelle des Zeugen T. Entgegen der Auffassung des Generalbundesanwaltes genügt der Beschluss des Amtsgerichts Trier vom 5. 7. 2005 den inhaltlichen Anforderungen, die an einen Durchsuchungsbeschluss zu stellen sind. Dies gilt insbesondere für die Schilderung des Tatvorwurfs und die Angabe der gesuchten Beweismittel (siehe KK-*Nack* StPO 6. Aufl. § 105 Rdn. 4 m. N.).

22 Der Tatvorwurf der versuchten Strafreitelung war in dem Beschluss ausreichend dahin konkretisiert, dass der Angeklagte als Verteidiger in dem Strafverfahren gegen T. Briefe seines in Untersuchungshaft befindlichen Mandanten an der gerichtlichen Postkontrolle vorbei aus der JVA Tr. verbracht und weitergeleitet haben sollte, obwohl diese ihrem Inhalt nach dazu geeignet und bestimmt waren, Zeugen in ihrem Aussageverhalten zu beeinflussen und zu Falschaussagen zu bestimmen. Als gesuchte Beweismittel wurden u. a. Schreiben von Personen bezeichnet, die als Zeugen in dem Strafverfahren gegen T. benannt waren und die durch den Angeklagten als Verteidiger an der Postkontrolle vorbei in die JVA Tr. gebracht und an T. übergeben worden seien. Weitere inhaltliche Ausführungen waren nicht erforderlich.

23 Insbesondere bedurfte es entgegen der Ansicht des Generalbundesanwaltes schon deshalb nicht der Darlegung eines qualifizierten Beteiligungsverdachts, weil die Durchsuchungsmaßnahme nach dem im Beschluss bezeichneten Durchsuchungszweck nicht auf die Gewinnung von Verteidigerkorrespondenz, sondern auf die etwaige Sicherstellung eines Mobiltelefons und von Kassibern an T. in dessen Verfahren gerichtet war.

24 Ungeachtet dessen lagen zum Zeitpunkt des Beschlusses vom 5. 7. 2005 gewichtige Anhaltspunkte für eine (versuchte) Strafreitelung des Angeklagten vor. Die Revision trägt hierzu vor, dass bei einer Durchsuchung der Kanzleiräume des Angeklagten am 1. 7. 2005 u. a. mehrere nicht kontrollierte Schreiben des Beschuldigten T. an verschiedene Zeugen sichergestellt worden seien. Hinzu kommt, dass der Zeuge P. in der Hauptverhandlung am 21. 6. 2005 ausgesagt hatte, dass seiner Meinung nach der Angeklagte wusste, »dass ich hier eine abgesprochene Zeugenaussage machen würde« und dass der Angeklagte erfreut gewesen sei, »dass diese Aussage kommen solle, dies sei prozessual sehr wichtig« (UA 22/23). Damit lagen Indizien gegen den Angeklagten vor, die über den für den Erlass eines Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlusses erforderlichen Anfangsverdacht deutlich hinausgingen.

25 dd) Da die Durchsuchungsmaßnahme rechtlich zulässig war, durfte der Brief als Zufallsfund im Sinne des § 108 StPO im Verfahren gegen den Verteidiger wegen versuchter Strafreitelung einstweilen sichergestellt und verwertet werden (vgl. LR-*Schäfer* StPO 25. Aufl. § 108 Rdn. 10). Auch für Zufallsfunde gelten im Übrigen die allgemeinen Grundsätze zur Beschlagnahmefreiheit nach § 97 StPO (*Nack* in KK StPO 6. Aufl. § 108 Rdn. 1).

26 2. Die Feststellungen tragen auch die Verurteilung des Angeklagten wegen Beleidigung gemäß § 185 StGB. Die Bezeichnung des Vorsitzenden Richters am Landgericht Sch. in dem beschlaggenommenen Brief als »unfähiger und fauler Richter«, »an dessen Verstand man mit Fug und Recht zweifeln muss« hat das Landgericht zu Recht als rechtswidrigen Angriff auf dessen Ehre durch vorsätzliche Kundgabe der Missachtung bzw. Nichtachtung gewürdigt. Die Beleidigung ist nicht durch § 193 StGB gerechtfertigt, da die Äußerungen ersichtlich nicht zur Ausführung und Verteidigung von Rechten gemacht wurden.

27 Allerdings ist bei der Beurteilung der Frage, ob eine Äußerung des Rechtsanwaltes gegenüber seinem Mandanten als Beleidigung zu qualifizieren ist, ein Maßstab anzulegen, der den Besonderheiten des Mandatsverhältnisses Rechnung trägt.

Insoweit ist beiderseits ein schutzwürdiges Interesse an einer freien und auch in der Wortwahl deutlichen Aussprache anzuerkennen. Auch für den Rechtsanwalt muss gegenüber dem Mandanten ein »offenes Wort« möglich sein. Wie § 43 a Abs. 3 Satz 2 BRAO deutlich macht, kann dies herabsetzende Äußerungen einschließen, wenn andere Prozessbeteiligte oder der Verfahrensverlauf hierzu Anlass gegeben haben. Persönliche Schmähungen und diffamierende Äußerungen sowie Formalbeleidigungen überschreiten in jedem Falle die Grenze des Zulässigen. Dass diese Grenze mit den schriftlichen Äußerungen des Angeklagten über den Vorsitzenden Richter zweifelsfrei überschritten ist, hat das Landgericht zutreffend erkannt.

28 Entgegen der Ansicht der Revision begründet das Mandatsverhältnis zwischen Strafverteidiger und Beschuldigtem nicht generell einen »beleidigungsfreien Raum«. Der Senat braucht nicht zu entscheiden, ob ein solcher beleidigungsfreier Bereich anzuerkennen ist, soweit ehrenrührige Äußerungen des Mandanten über Dritte gegenüber seinem Anwalt betroffen sind. Jedenfalls besteht kein schutzwürdiges Interesse in einem Mandatsverhältnis beleidigende Äußerungen des Rechtsanwaltes stets straffrei zu stellen. Die zum Verhältnis innerhalb enger bzw. engster Familien- und Vertrauensbeziehungen entwickelten Grundsätze (vgl. BVerfGE 90, 255, 261; BVerfG NJW 2007, 1194, 1195; 1995, 1477) sind auf die Beziehung zwischen Verteidiger und Beschuldigtem nicht übertragbar. Bei dem Verhältnis zwischen Verteidiger und Beschuldigtem handelt es sich im Kern um eine geschäftsmäßige und nicht durch persönliche Bindung geprägte Beziehung. Zu den Grundpflichten des Rechtsanwaltes gehört es nach § 43 a Abs. 3 Satz 1 BRAO, sich bei seiner Berufsausübung sachlich zu verhalten. Nach § 43 a Abs. 3 Satz 2 BRAO hat er insbesondere herabsetzende Äußerungen zu unterlassen, zu denen kein Anlass besteht. Eine Verletzung des Sachlichkeitsgebotes liegt ungeachtet seiner im Einzelnen umstrittenen Reichweite (siehe *Kleine-Cosack* BRAO 5. Aufl. § 43 a Rdn. 56 ff.; *Feuerich/Weyland/Vossebürger* BRAO 7. Aufl. § 43 a Rdn. 31 ff.) jedenfalls dann vor, wenn die Herabsetzungen nach Inhalt und Form als strafbare Beleidigungen zu beurteilen sind, ohne durch die Wahrnehmung berechtigter Interessen gedeckt zu werden (vgl. BVerfG NJW 1988, 191, 194; AnwBl. 1993, 632; *Kleine-Cosack* BRAO a. a. O. § 43 a Rdn. 72, 74; *Feuerich/Weyland/Vossebürger* BRAO a. a. O. § 43 a Rdn. 36).

29 Darüber hinaus ist die Vertraulichkeit im Verhältnis des Rechtsanwaltes zu seinem Mandanten nur einseitig abgesichert. Nur der Rechtsanwalt ist seinem Mandanten gegenüber aus §§ 43 a Abs. 2 BRAO, 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB zur Verschwiegenheit verpflichtet. Der Verteidiger kann sich umgekehrt mangels vergleichbarer rechtlicher Bindungen des Mandanten nicht darauf verlassen, dass dieser die Vertraulichkeit wahrt und seine Äußerungen nicht an Dritte weitergibt (vgl. *Lenckner* in *Schönke/Schröder* StGB 27. Aufl. § 185 Rdn. 9 b; *Feuerich/Weyland/Vossebürger* BRAO a. a. O. § 43 a Rdn. 37). Insofern war die besondere Vertraulichkeit der Kommunikation als Voraussetzung für die Einschränkung des Ehrenschatzes (vgl. BVerfGE 90, 255, 260; BVerfG NJW 2007, 1194, 1195) gerade nicht gewährleistet. Im Übrigen war die Diskretion vorliegend auch aus tatsächlichen Gründen nicht in ausreichendem Maße sichergestellt, da es sich um eine schriftliche Äußerung des Angeklagten handelte, bei der die erhöhte Gefahr bestand, dass sie von seinem Mandanten in der JVA herumgezeigt und verbreitet wurde.

30 II. Revision der Staatsanwaltschaft

31 Der Freispruch hält der sachlich-rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

32 1. Die Staatsanwaltschaft legte dem Angeklagten folgende Taten zur Last:

33 Er habe als Verteidiger in dem beim Landgericht Trier (8007 Js 25900/04) geführten Strafverfahren gegen T. wegen versuchter Anstiftung zur räuberischen Erpressung an einer Falschaussage

des Zeugen P. zugunsten seines Mandanten aktiv mitgewirkt. P. habe mit dem Vater des damaligen Angeklagten, dem Zeugen H. T., vereinbart, gegen Zahlung eines Entgeltes durch eine wahrheitswidrige Aussage dessen Sohn vor einer Verurteilung zu bewahren. Der Angeklagte, dem bekannt gewesen sei, dass der Tatvorwurf gegen T. zutraf, sei von H. T. über den Tatplan informiert worden. Er habe sodann mit P. alle Einzelheiten der Falschaussage abgesprochen. Bei einem der Telefonate mit P. habe sich der Angeklagte über den Vorsitzenden Richter des Verfahrens beleidigend geäußert. P. habe im Hauptverhandlungstermin vom 21. 6. 2005 wie vereinbart wahrheitswidrig bekundet, T. nicht zu kennen. Noch am selben Tag habe er diese Aussage korrigiert und nunmehr wahrheitsgemäß ausgesagt, dass T. sein Auftraggeber gewesen sei. Vor seiner Vernehmung habe er 10–15 Telefongespräche mit dem Angeklagten geführt. In diesen Gesprächen habe sich der Angeklagte über den Vorsitzenden Richter beleidigend geäußert. Da der Angeklagte befürchtet habe, dass aufgrund der korrigierten Aussage des Zeugen P. Art und Ausmaß seiner Tatbeteiligung aufgedeckt werden könnten, habe er unter Ausnutzung seines Fragerechts als Verteidiger – allerdings erfolglos – versucht, den Zeugen P. zu einer Relativierung seiner Aussage zur Anzahl der miteinander geführten Telefongespräche zu bewegen.

34 2. Das Landgericht hat Folgendes festgestellt:

35 Bei einem Telefonat nach Erhalt seiner Zeugenladung bot P. dem Vater von T., H. T., an, er könne gegen Bezahlung eine T. entlastende Aussage machen. Dies teilte H. T. dem Angeklagten fernmündlich mit. Der Angeklagte erwiderte daraufhin, dem Zeugen P. könne man trauen. P. habe zwei Jahre lang Jura studiert und an das Gericht bereits einen Brief geschrieben, »der sich gewaschen habe«. Gemeint war damit eine Dienstaufsichtsbeschwerde des Zeugen P. gegen den Vorsitzenden Richter des Verfahrens. Der Angeklagte riet H. T. letztlich weder zu noch ab, sagte aber, dass das durchaus machbar wäre. Der Begriff »Falschaussage« wurde in den Gesprächen nicht verwendet. H. T. kündigte dem Angeklagten an, dass P. sich bei ihm melden und mit ihm »eine bezahlte Sache machen wolle«. In der Folgezeit zahlte H. T. in zwei Raten 5000 Euro an P. H. T. war jedenfalls klar, dass P. seine Aussage so gestalten werde, dass sein Sohn entlastet würde.

36 In einem späteren Telefonat mit dem Angeklagten erzählte P. diesem, dass T. nicht sein wirklicher Auftraggeber sei. Der Angeklagte zeigte sich über diese Nachricht erfreut und äußerte, dass sie sich positiv für seinen Mandanten auswirken werde. Von seinem Mandanten wusste er dagegen, dass dieser P. in Wahrheit einen Auftrag – wenn auch mit anderem Inhalt – erteilt hatte. Dem Angeklagten, der mit der Verhandlungsführung des Vorsitzenden nicht zufrieden war, wäre es am liebsten gewesen, wenn er einen Grund gehabt hätte, den Vorsitzenden als befangen abzulehnen. Bei einem der Telefonate kam das Gespräch darauf, dass der Zeuge P. den Vorsitzenden während seiner Aussage provozieren könne, so dass der Angeklagte möglicherweise einen Grund für einen Befangenheitsantrag geliefert bekäme. Aus Sympathie für den Angeklagten und um ihm einen Gefallen zu tun, erklärte sich der Zeuge P. hierzu bereit. Er bekundete als Zeuge in dem Verfahren gegen T. am 21. 6. 2005 der Wahrheit zuwider, dass er den damaligen Angeklagten nicht kenne und dieser nicht sein Auftraggeber gewesen sei. Er wurde wegen der uneidlichen Falschaussage vom Landgericht Trier am 1. 2. 2007 rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten verurteilt.

37 3. Der Angeklagte hat die Tatvorwürfe bestritten. Den belastenden Angaben des Zeugen P. ist das Landgericht nicht gefolgt. Zur Begründung hat es im Wesentlichen darauf abgestellt, es bestünden erhebliche Zweifel an der Glaubwürdigkeit des vielfach vorbestraften Zeugen, der bislang ca. 30 Jahre seines Lebens im Gefängnis verbracht und nach eigener Aussage »schon oft vor Gericht gelogen« habe. Außerdem spreche die Entwicklung der Aussage des Zeugen P. gegen die Glaubhaftigkeit der den

Angeklagten belastenden Angaben. Bei seiner korrigierten Aussage, die im Termin vom 21. 6. 2005 wörtlich protokolliert wurde, habe er lediglich ausgesagt, dass der Angeklagte seiner Meinung nach gewusst habe, dass er eine falsche Aussage machen werde. Erst bei seiner staatsanwaltlichen Vernehmung vom 7. 7. 2005 habe er – wie in der Hauptverhandlung – ausgesagt, die Aussage im Einzelnen mit dem Angeklagten abgesprochen zu haben. Hinzu kämen inhaltliche Widersprüche in wesentlichen Punkten zwischen den einzelnen Vernehmungen des Zeugen P.

38 4. Der Freispruch vom Vorwurf der versuchten Strafvereitelung in Tateinheit mit Beihilfe zur uneidlichen Falschaussage hat keinen Bestand, weil das Urteil schon nach den getroffenen Feststellungen Erörterungsmängel aufweist.

39 a) Bei der strafrechtlichen Beurteilung des Verhaltens des Angeklagten ist allerdings seine Prozessstellung als Strafverteidiger zu berücksichtigen. Diese ist von einem Spannungsverhältnis als unabhängiges, der Wahrheit und Gerechtigkeit verpflichtetes Organ der Rechtspflege und seiner Beistandsfunktion und Treuepflicht gegenüber dem Beschuldigten gekennzeichnet. Ein Strafverteidiger ist verpflichtet, seinen Mandanten im Rahmen der Gesetze bestmöglich zu verteidigen (vgl. BGHSt 38, 345, 350). Er ist nicht verpflichtet, an der Verwirklichung des staatlichen Strafanspruchs mitzuwirken (*Fischer StGB*, 56. Aufl., § 258 Rdn. 17). Er hat nicht für die Richtigkeit von Zeugenaussagen einzustehen und ist insbesondere nicht verpflichtet, eine Falschaussage zu verhindern (BGHSt 4, 327; 46, 53, 60 f.; vgl. auch *Beulke* Die Strafbarkeit des Verteidigers, Heidelberg 1989, Rdn. 94). Die Grenze zulässigen Verteidigungshandelns ist jedoch überschritten, wenn der Verteidiger den Sachverhalt aktiv verdunkelt oder verzerrt, insbesondere wenn er Beweisquellen verfälscht (vgl. BGHSt 38, 345, 350 f.; 46, 53, 61). Bei von ihm sicher als unwahr erkannten (vgl. dagegen bei lediglich erheblichen Zweifeln an der Richtigkeit oder Zuverlässigkeit der Aussage BGHSt 46, 53, 61) Zeugenaussagen ist eine aktive Verdunkelung anzunehmen, wenn der Verteidiger Einfluss auf das Zustandekommen der Aussage genommen hat (vgl. BGHSt 4, 327; BGHSt 46, 53, 61). Dies kann etwa der Fall sein, wenn er den Zeugen zu einer Falschaussage veranlasst (vgl. BGH NStZ 1983, 503), wenn er ihn in seinem Entschluss bestärkt (BGHSt 29, 99, 107; BGH JR 1984, 299; RGSt 70, 390 ff.), wenn er einen zur Falschaussage entschlossenen Zeugen als Beweismittel benennt (BGH JR 1984, 299) oder wenn er den Inhalt der Falschaussage mit ihm abstimmt.

40 b) Nach diesen Maßstäben erweist sich die Begründung des Freispruchs in wesentlichen Punkten als lücken- und damit rechtsfehlerhaft. Allerdings können und müssen die Gründe eines freisprechenden Urteils nicht jeden irgendwie beweiserheblichen Umstand würdigen. Das Maß der gebotenen Darlegung hängt von der Beweislage und den Umständen des Einzelfalles ab. Es ist jedoch rechtsfehlerhaft, wenn sich das Tatgericht mit festgestellten Besonderheiten und Beweisanzeichen nicht auseinandersetzt, die mit nicht geringem Gewicht für eine Strafbarkeit des Angeklagten sprechen können und auf deren Erörterung vor der Anwendung des Zweifelssatzes nicht verzichtet werden darf (vgl. BGH NStZ 2008, 646). So verhält es sich hier.

41 Das Landgericht hat das Gespräch des Angeklagten mit dem Zeugen P., in dem dieser ihm mitteilte, dass T. nicht sein Auftraggeber gewesen sei, nicht unter allen sich aufdrängenden rechtlich relevanten Aspekten gewürdigt. Es hat seine Bemerkung »das passt gut!« lediglich unter dem Blickwinkel der (versuchten) Strafvereitelung, nicht aber dahingehend rechtlich geprüft, ob der Angeklagte den Zeugen P. damit in seinem Entschluss zur Falschaussage bestärkt und ihm insoweit eine – psychische – Beihilfe zu dessen uneidlicher Falschaussage vorzuwerfen ist (vgl. BGHSt 29, 99, 107; BGH JR 1984, 299). Dazu bestand jedoch nach den Feststellungen Anlass. Der Angeklagte wusste von seinem Mandanten, dass dieser P. in Wahrheit doch einen Auftrag

erteilt hatte, die angekündigte Änderung der Aussage P. s also der Wahrheit zuwider erfolgen sollte. Der Angeklagte wusste durch sein Telefonat mit H. T. auch, dass P. Geld für die Aussage erhalten sollte. Dennoch zeigte er sich erfreut über die Nachricht und äußerte gegenüber P., dass sich dies positiv für seinen Mandanten auswirken werde.

42 Indem die Kammer dieses Verhalten des Angeklagten nur unter dem Aspekt der Strafvereitelung wertet, verstellt sie sich den Blick für die nach den Feststellungen mögliche und deshalb in den Urteilsgründen zu erörternde rechtliche Würdigung als psychische Beihilfe zu der Falschaussage P. s. Die Einschätzung der angekündigten Falschaussage durch den Angeklagten als für seinen Mandanten positiv ging erkennbar über eine bloße – mit Rücksicht auf seine Stellung als Verteidiger strafrechtlich unbedenkliche – Kenntnisnahme hinaus. Sie legte vielmehr die Prüfung nahe, ob er gegenüber dem Zeugen P. damit zum Ausdruck gebracht hat, dass er das Zustandekommen der Falschaussage für wünschenswert hielt. Dies gilt umso mehr, als der Angeklagte gegenüber P. auch geäußert hat, dass das (d. h. die von ihm als falsch erkannte Aussage) gut passe. Insofern konnte dem zur Falschaussage entschlossenen P. durch die Reaktion des Angeklagten der subjektive Eindruck zustimmender Bestärkung vermittelt worden sein, was als psychische Beihilfe zu dessen uneidlicher Falschaussage zu werten wäre (vgl. BGH NStZ 1995, 490; OLG Düsseldorf NStZ-RR 2005, 336). Diese nahe liegende Möglichkeit hätte das Landgericht erkennbar in seine Überlegungen einbeziehen müssen.

43 Soweit das Landgericht eine mögliche Beihilfe des Angeklagten zur uneidlichen Falschaussage durch das »Befangenheitskomplott« verneint, sind seine Ausführungen ebenfalls lückenhaft. Der Angeklagte hat gegenüber P. geäußert, ggf. den Vorsitzenden Richter wegen Befangenheit ablehnen zu wollen. Das Landgericht meint, P. habe durch einen etwaigen Befangenheitsantrag von dem Angeklagten keine ernsthafte Unterstützung erwarten können, da dieser allenfalls zu einer Unterbrechung geführt und die Verhandlung – weil eine Ergänzungsrichterin bestellt war – selbst bei Stattgabe hätte fortgeführt werden können (UA 46). Ob das Versprechen eines Befangenheitsgesuchs P. in seinem Tatentschluss bestärken konnte, hing jedoch nicht davon ab, ob es ihm objektiv helfen konnte, sondern davon, ob er subjektiv hiervon ausging. Insofern lag es nicht fern, dass P. durch die Zusage des Angeklagten subjektiv der Eindruck erhöhter Sicherheit vermittelt wurde, was ihn in seinem Vorhaben bestärkt haben könnte. Auch hierzu verhalten sich die Urteilsgründe nicht.

44 Darüber hinaus fehlen im angefochtenen Urteil Erörterungen dazu, ob sich der Angeklagte nicht bereits durch seine Äußerungen gegenüber dem Zeugen H. T. strafbar gemacht hat. Auch dazu bestand jedoch nach den Feststellungen Anlass. Danach wusste H. T. mit dem zuvor unterbreiteten Angebot des Zeugen P., gegen Zahlung eines Geldbetrages eine T. entlastende Aussage zu machen, zunächst nicht umzugehen und wollte deshalb Rücksprache mit den Rechtsanwälten seines Sohnes halten. Er sprach zunächst mit Rechtsanwalt L. »über das Geschäft mit P., der ihn jedoch abwies und ihm hiervon abriet«. Erst dann telefonierte er mit dem Angeklagten.

45 Vor diesem Hintergrund hätte das Landgericht erwägen müssen, ob die Äußerungen des Angeklagten gegenüber H. T. bei diesem Telefonat, »dem Zeugen P. könne man vertrauen«, der habe »zwei Jahre lang Jura studiert« und »bereits an das Gericht einen Brief geschrieben, der sich gewaschen« habe sowieso »dass das durchaus machbar wäre«, geeignet waren, den Zeugen zu veranlassen oder zumindest darin zu bestärken, mit P. »eine bezahlte Sache zu machen«, wie sich der Zeuge selbst ausdrückte. Zu einer Erörterung hätte auch deshalb Anlass bestanden, weil die Kammer die Einlassung des Angeklagten, er habe H. T. hiervon abgeraten, für widerlegt gehalten hat.

Anmerkung*

Der 2. Strafsenat behandelt in der vorstehend abgedruckten Entscheidung drei für die Verteidigung zentrale Fragestellungen: zum einen geht es um die Frage, unter welchen Voraussetzungen auf Unterlagen zugegriffen werden kann, die als Verteidigungskorrespondenz einzustufen sind; zum anderen geht es um die materiellstrafrechtlichen Grenzen zulässigen Verteidigungsverhaltens: Wann sind herabsetzende Äusserungen des Verteidigers über einen Richter, die der Verteidiger gegenüber seinem Mandanten äussert, als Beleidigung strafbar und unter welchen Voraussetzungen macht sich der Verteidiger der (psychischen) Beihilfe zur Falschaussage schuldig, wenn er einen Zeugen als Entlastungszeugen benennt, obwohl er weiss, dass dieser zu einer Falschaussage entschlossen ist?

I. Voraussetzungen für den Zugriff auf Verteidigungsunterlagen

Die Äusserungen, die zur Verurteilung wegen Beleidigung geführt haben, waren in einem vom Senat an einer Stelle als »Brief« bezeichneten Schriftstück enthalten, den der beschuldigte Rechtsanwalt an seinen von ihm verteidigten Mandanten gerichtet hatte. Dieses Schriftstück war im Zuge einer Durchsuchung des Hafttraums des damaligen Mandanten sichergestellt und beschlagnahmt worden. Die Durchsuchung war in einem Verfahren angeordnet war, das sich nicht gegen den Mandanten richtete, sondern gegen den Rechtsanwalt (sowie einen Mitverteidiger) und das den Vorwurf der Beihilfe zur uneidlichen Falschaussage und zur versuchten Strafvereitelung zum Gegenstand hatte. Was der Inhalt dieses Schriftstücks war, lässt sich den Entscheidungsgründen nicht entnehmen. Da die von der Revision vorgenommene Einordnung des Schreibens als »Verteidigerkorrespondenz« vom Senat nicht in Frage gestellt wird, ist davon auszugehen, dass es sich tatsächlich um verteidigungsrelevante Unterlagen handelt. Damit stellt sich dann die im prozessualen Teil der Entscheidung im Vordergrund stehende Frage nach der (Un-)Zulässigkeit des Zugriffs auf derartige Schriftstücke.

Grundsätzlich sind Mitteilungen der Verteidigung an den Mandanten sowie des Mandanten an die Verteidigung unabhängig davon beschlagnahmefrei, ob sich diese im Gewahrsam der Verteidigung oder aber des Mandanten oder auf dem Postwege befinden.¹ Wie der Senat zu recht ausführt, setzt das Beschlagnahmeverbot nach § 97 Abs. 1 StPO allerdings voraus, dass der zeugnisverweigerungsberechtigte Berufsgeheimnisträger die Rolle des Zeugen und der Mandant/Klient die Rolle des Beschuldigten inne hat.² Geht es um einen Tatvorwurf, der sich auch oder sogar allein gegen den Berufsgeheimnisträger richtet, soll das Beschlagnahmeverbot des § 97 Abs. 1 StPO im Ergebnis nicht greifen.³

Bezogen auf den Verteidiger soll indes nach einer in Rechtsprechung und Literatur verbreiteten vertretenen Auffassung im Hinblick auf die durch § 148 StPO gewährleistete Kommunikationsfreiheit zwischen Verteidigung und Mandanten etwas anderes gelten: Während der BGH in seiner älteren, noch vor dem Inkrafttreten der §§ 138 a ff. StPO ergangenen Judikatur davon ausgegangen ist, dass eine Beschlagnahme dann zulässig sei, wenn »gewichtige Anhaltspunkte« für eine Tatbeteiligung der Verteidigung gegeben sind,⁴ gehen Teile des Schrifttums davon aus, dass der Zugriff auf Verteidigungsunterlagen erst dann erfolgen darf, wenn der beteiligungsverdächtige Verteidiger nach den §§ 138 a ff. StPO aus dem Verfahren ausgeschlossen oder doch wenigstens das Ruhen der Verteidigungsrechte angeordnet worden ist (§ 138 c Abs. 3 StPO).⁵

Nachdem der 1. Strafsenat des BGH in einer Entscheidung vom 28. 6. 2001 bereits offen gelassen hatte, ob an der den Zugriff auf Verteidigungsunterlagen restriktiv handhabenden Recht-

sprechung zukünftig festzuhalten sei,⁶ vollzieht der 2. Senat mit der nun vorliegenden Entscheidung den angekündigten Bruch mit dieser Rechtsprechung. Dass sich der Senat dabei zunächst darauf beschränkt, diesen Bruch auf die Fälle zu beschränken, in denen es um einen Vorwurf geht, der sich allein gegen die Verteidigung richtet, ändert nichts daran, dass mit dieser Entscheidung die Judikatur zum gravierenden Verstrickungsverdacht der Sache nach insgesamt ad acta gelegt wird. Die vom Senat zur Begründung seines Standpunktes angebotene Argumentation – § 97 Abs. 1 StPO sei in diesem Fall nicht anwendbar und dem Mandanten entstehe kein Nachteil, weil etwaige Erkenntnisse in einem Verfahren gegen den Mandanten einem Verwertungsverbot unterliegen⁷ – muss nämlich in gleicher Weise auch für den Fall des mitbeschuldigten Verteidigers Geltung beanspruchen.

Bei näherem Hinsehen greift diese Begründung indes zu kurz. Der Hinweis des Senats, dass »der Verkehr zwischen Verteidiger und Beschuldigtem nur für die Zwecke der Verteidigung frei« sei und deshalb »Straftaten, die er [der Verteidiger] bei Gelegenheit der Verteidigung eines Beschuldigten begeht«, diesem Schutz nicht unterfallen, verkennt die zentrale Bedeutung, die dem von staatlicher Kontrolle freien Verkehr zwischen Verteidigung und Beschuldigtem für die Gewährleistung des Rechts auf eine effektive Verteidigung zukommt.⁸ Die Erwägung, der Zugriff solle gerade in den Fällen erfolgen, in denen die Freiheit der Kommunikation zu Zwecken missbraucht wird, die vom Anspruch auf eine effektive Verteidigung nicht mehr gedeckt sind, übersieht, dass der Zugriff nicht erst dann erfolgt, wenn dieser Missbrauch nachgewiesen ist, sondern bereits dann, wenn ein Missbrauch vermutet wird. Derartige Vermutungen können aber unzutreffend sein und sie können auf falschen Anschuldigungen beruhen oder schlimmstenfalls sogar von den Strafverfolgungs-

* Für die kritische Durchsicht eines ersten Entwurfs dieser Anmerkung und für wertvolle Anregungen danke ich Frau Dr. GUNHILD GODENZI, LL.M., sowie Herrn Assessor STEPHAN SCHLEGEL.

- 1 BGHSt 44, 46 (48 ff.); BGH NJW 1973, 2035 (2036 f.); 1982, 2508; BGH StV 1990, 146; BGH NStZ 2001, 604 (606); LG Mainz NStZ 1986, 473; LG München I NStZ 2001, 612 (613); AG Frankfurt a. M. StV 1988, 482 mit Anm. SCHMIDT StV 1989, 421; AG Hanau NJW 1989, 1493 (1494); SCHÄFER in: LR, 25. Aufl., Band 2, 2004, § 97 Rdn. 105; WOHLERS in: SKStPO, 56. Aufbau-Lfg. (Februar 2008), § 97 Rdn. 87 m. w. N.
- 2 BVerfG NVwZ 1994, 54 (55/56); NStZ-RR 2004, 83 (84); OLG Celle NJW 1965, 362 (363); OLG Frankfurt NJW 2002, 1135 (1136); LG Hamburg NJW 1990, 780; LG Hildesheim NStZ 1982, 394 (395); LR²⁵/SCHÄFER (Fn. 1), § 97 Rdn. 6, 21; SKStPO/WOHLERS (Fn. 1), § 97 Rdn. 10 m. w. N.
- 3 Vgl. BVerfGE 20, 218; BVerfG BB 1973, 812; NJW 2000, 3557; 2007, 1117 (1119); StraFo 2008, 236 (237); BerlVerfGH JR 2002, 496; BGHSt 38, 144 (146/147) m. abl. Anm. FROMMEL StV 1992, 106 und Bespr. LORENZ MDR 1992, 313 (314 ff.); OLG Celle NJW 1963, 406 (407); OLG Frankfurt StV 2007, 533 (536); OLG Koblenz AnwBl 1985, 314; LG Köln MDR 1988, 252; LG Bochum NJW 1988, 1533; LG Berlin NStZ 1993, 146; LG Trier StraFo 2007, 371 (372); LR²⁵/SCHÄFER (Fn. 1), § 97 Rdn. 25; SKStPO/WOHLERS (Fn. 1), § 97 Rdn. 13 m. w. N.
- 4 BGH NJW 1973, 2035 m. abl. Anm. ROXIN JR 1974, 117 und abl. Anm. WELP JZ 1974, 423 (425 f.); BGH NJW 1982, 2508; MEYER-GOSSNER StPO, 52. Aufl., 2009, § 97 Rdn. 38; NACK in: Karlsruher Kommentar StPO und GVG, 6. Aufl., 2008, § 97 Rdn. 24.
- 5 LR²⁵/SCHÄFER (Fn. 1), § 97 Rdn. 96; SKStPO/WOHLERS (Fn. 1), § 97 Rdn. 94, § 148 Rdn. 31; KREKELER FG Koch, 1989, S. 176; SCHÄFER FS Hanack, 1999, S. 99 ff.; R. SCHMIDT Die Ausnahme vom Beschlagnahmeverbot gemäß § 97 Absatz 2 Satz 3 1. HS StPO, 1989, S. 139 ff.; P. SCHMITT Die Berücksichtigung der Zeugnisverweigerungsrechte nach §§ 52, 53 StPO bei den auf Beweisgewinnung gerichteten Zwangsmaßnahmen, 1993, S. 184 f.
- 6 Vgl. BGH NStZ 2001, 604 (606).
- 7 Insoweit gleicher Auffassung SKStPO/WOHLERS (Fn. 1), § 97 Rdn. 94; R. SCHMIDT (Fn. 4), S. 142 ff.; WELP JZ 1974, 426; a. A. LR²⁵/SCHÄFER (Fn. 1), § 97 Rdn. 98.
- 8 Vgl. hierzu EGMR v. 12. 3. 2003, Öcalan vs. Türkei, § 146 = EuGRZ 2003, 472 (478); BEULKE FS Lüderssen, 2002, S. 695; SCHÄFER FS Hanack, 1999, S. 83; SKStPO/WOHLERS, 38. Aufbau-Lfg. (April 2004) § 148 Rdn. 1, jeweils m. w. N.

behörden gezielt eingesetzt werden, um die sonst bestehenden Zugriffsschranken zu unterlaufen. Wenn ein Verteidiger aber auch dann, wenn er sich – was wohl unstreitig immer noch der Regelfall ist – prozessordnungsgemäß verhält, nicht ausschließen kann, dass ein Zugriff erfolgt, dann muss dies notwendigerweise sein Verhalten beeinflussen. Der Vorschlag, die Zulässigkeit des Zugriffs auf Verteidigungsunterlagen an das Vorliegen »gewichtiger Anhaltspunkte« für das Bestehen eines Tatverdachts oder gar an den vorhergehenden Ausschluss des Verteidigers nach §§ 138 a ff. StPO bzw. an die Anordnung des Ruhens der Verteidigungsrechte in diesem Verfahren zu knüpfen, dient genau dazu, den »chilling effect«⁹ zu minimieren, der sich daraus ergibt, dass Verteidigerinnen und Verteidiger auch bei prozessual zulässigem Verhalten stets den »worst case« einer möglichen Beschlagnahme von Verteidigungsunterlagen im Auge behalten müssen.

Die Frage ist: Soll der spezifische Schutz des Verteidigungsverhältnisses durch das Erfordernis eines durch gewichtige Anhaltspunkte qualifizierten Tatverdachts erreicht werden oder aber dadurch, dass der Zugriff an den vorhergehenden Ausschluss des Verteidigers bzw. an die Anordnung des Ruhens der Verteidigungsrechte geknüpft wird? Der vorliegende Fall zeigt, dass die in der Literatur – unter anderem auch durch den Verfasser dieser Anmerkung – propagierte Lösung über die §§ 138 a ff. StPO durchgreifende Probleme aufwirft:¹⁰

Vorliegend bestand der Verdacht, dass der beschuldigte Rechtsanwalt eine Straftat begangen hatte, die als versuchte Strafvereitelung einzustufen gewesen wäre. Der Weg für die Einleitung eines Ausschließungsverfahrens nach den §§ 138 a ff. StPO war damit eröffnet – und ist ja auch beschritten worden. Anders läge es dagegen dann, wenn von Anfang an wegen des Verdachts ermittelt worden wäre, dass der Verteidiger sich gegenüber seinem Mandanten beleidigend über andere Verfahrensbeteiligte geäußert hätte: Straftaten, die lediglich »bei Gelegenheit« der Ausübung des Rechts auf freie Kommunikation verübt werden, sind auch bei weiter Auslegung des § 138 a Abs. 1 Nr. 2 StPO¹¹ nicht unter »Missbrauch« dieses Rechts verübt worden. Ein weiteres Beispiel dafür, dass es Tatvorwürfe gibt, bei denen der Anwendungsbereich der §§ 138 a ff. StPO nicht eröffnet ist, bei denen aber die Durchsuchung der im Gewahrsam des Mandanten befindlichen Unterlagen nicht fernliegend erscheint, sind die Fälle, in denen dem Verteidiger gegenüber der Vorwurf der Geldwäsche durch Annahme von Verteidigerhonorar erhoben wird. Erkennt man an, dass es Fallgestaltungen gibt, in denen die Anwendung der §§ 138 a ff. StPO ins Leere laufen würde, müsste also, wenn man nicht das absurde Ergebnis akzeptieren will, dass der Zugriff in diesen Fällen von vornherein nicht in Betracht kommen kann, für eben diese Fälle eine Lösung gefunden werden, die nicht an die §§ 138 a ff. StPO anknüpft. Dieses Nebeneinander von zwei Verfahren wäre aber schon aus Gründen der Rechtssicherheit höchst fragwürdig.

Hinzu kommt ein zweiter Gesichtspunkt: Wie der vorliegende Fall zeigt, dürfte es in der Praxis nicht selten so liegen, dass die Verteidigung dem drohenden Ausschluss dadurch zuvor kommt, dass das Mandat niedergelegt wird. Will man vermeiden, dass der Zugriff durch die bloße Niederlegung des Mandats vereitelt wird, darf dessen Zulässigkeit nicht an die Ausschließung selbst geknüpft werden, sondern es muss bereits die Anordnung des Ruhens der Verteidigungsrechte ausreichen. Damit entfällt dann aber auch der Vorteil, der darin liegt, dass die Entscheidung über die Ausschließung in einem gesonderten Verfahren getroffen wird. Was bleibt sind die erhöhten Anforderungen an den Tatverdacht: Das Verfahren nach den §§ 138 a ff. StPO kann nur dann eingeleitet werden, wenn der Verteidiger »dringend oder in einem die Eröffnung des Hauptverfahrens rechtfertigenden Grade« verdächtig ist. Der in dieser Qualifizierung des Verdachtsgrad zum Ausdruck kommende besondere Schutz des Verteidigungs-

verhältnisses kann aber auch dann gewährleistet werden, wenn – im Anschluss an die ältere Judikatur des BGH – der Zugriff nur dann erfolgt, wenn »gewichtige Anhaltspunkte« dafür vorliegen, dass die Verteidigerin oder der Verteidiger eine Straftat begangen hat. Dies gilt insbesondere dann, wenn man darauf beharrt, dass das Vorliegen dieses qualifizierten Tatverdachts in der Durchsuchungsanordnung nachvollziehbar dargelegt werden muss.¹² Dass diese Lösung die Strafverfolgungsbehörden nicht überfordert, zeigt sich daran, dass – wie der Senat ausführt – »zum Zeitpunkt des [Durchsuchungs]Beschlusses vom 5. 7. 2005 gewichtige Anhaltspunkte für eine (versuchte) Strafvereitelung des Angeklagten vor[lagen].«

Bei den Unterlagen, aus denen sich im vorliegenden Fall der Tatverdacht einer Beleidigung ergab, handelt es sich um einen Zufallsfund im Sinne des § 108 StPO. Damit die durch § 97 StPO aufgestellten besonderen Regeln ihren Sinn nicht verlieren, müssen diese auch auf Zufallsfunde erstreckt werden, d. h.: Soweit ein Zufallsfund einem Beschlagnahmeverbot unterliegt, ist auch die einstweilige Beschlagnahme nach § 108 StPO unzulässig.¹³ Zu klären bleibt, ob dies auch für die speziellen Regeln gilt, die über den Anwendungsbereich des § 97 StPO hinausgehend zum Schutz des Verteidigungsverhältnisses entwickelt worden sind. Wenn man – wie es hier vorgeschlagen wird – den Zugriff auf Verteidigungsunterlagen erst bei einem qualifizierten Tatverdacht zulässt, dürfte dies weder im Hinblick auf den möglichst weitgehend zu vermeidenden »chilling effect« erforderlich sein, noch ist dies zum Schutz des Mandanten geboten, da die gewonnenen Erkenntnisse nach allgemeiner Auffassung¹⁴ nur zu Lasten des Verteidigers, nicht aber zu Lasten des Mandanten verwertet werden können.

II. Ehrverletzende Äusserungen der Verteidigung

Der beschuldigte Rechtsanwalt hat den Vorsitzenden Richters gegenüber seinem Mandanten als »unfähigen und faulen Richter« bezeichnet, »an dessen Verstand man mit Fug und Recht zweifeln muss«. Dass eine derartige Charakterisierung grundsätzlich als Kundgabe von Missachtung bzw. Nichtachtung einzustufen ist, steht außer Zweifel. Der Senat stellt sich die Frage, ob dies auch dann der Fall ist, wenn man einen Maßstab anlegt, »der den Besonderheiten des Mandatsverhältnisses Rechnung trägt«. Diesbezüglich ist zunächst einmal festzuhalten, dass es sich bei dem vom Senat an einer Stelle als »Brief« bezeichneten Schreiben offenbar nicht um eine prozessuale Erklärung, sondern um eine Mitteilung handelt, die rein internen Charakter hatte. Damit kommt es auf die besonderen Grundsätze nicht an, die dann gelten, wenn die Verteidigung zur Untermauerung prozessualer Erklärungen ehrenrührige Tatsachenbehauptungen und/oder Wertungen aufstellt.¹⁵ Dass und warum für Äußerungen des Verteidigers, die intern geäußert werden und intern bleiben

⁹ Vgl. hierzu EGMR vom 28. 10. 2003, *Steur vs. Niederlande* §§ 44 f. = JR 2004, 2004, 339, 342 mit Anm. GAEDE; GAEDE Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, 2007, S. 499.

¹⁰ Meine entgegenstehende Auffassung in SKStPO § 97 Rdn. 94 sowie § 148 Rdn. 31 gebe ich aus den nachfolgend aufgeführten Gründen auf.

¹¹ Vgl. SKStPO/WOHLERS 36. Aufbau-Lfg. (Februar 2004), § 138 a Rdn. 14.

¹² Zu den Anforderungen an die Begründung eines Durchsuchungsbeschlusses im Allgemeinen und des Tatverdachts im Besonderen vgl. SKStPO/WOHLERS (Fn. 1), § 105 Rdn. 17 ff. m. w. N.

¹³ LR²⁵/SCHÄFER (Fn. 1), § 108 Rdn. 10; SKStPO/WOHLERS (Fn. 1), § 97 Rdn. 14, § 108 Rdn. 12, jeweils m. w. N.

¹⁴ Vgl. LR²⁵/SCHÄFER (Fn. 1), § 108 Rdn. 10; SKStPO/WOHLERS (Fn. 1), § 97 Rdn. 14.

¹⁵ Vgl. hierzu SKStPO/WOHLERS (Fn. 8), Vor § 137 Rdn. 137 ff.; DERS. StV 2001, 420 (423 und 428).

sollen, besondere Maßstäbe gelten sollen, versteht sich indes nicht von allein.

Der Senat erwägt, ob in Analogie zu den für den Gedankenaustausch innerhalb engster Familien- und Vertrauensbeziehungen entwickelten Grundsätzen auch für das Verhältnis des Strafverteidigers zu seinem Mandanten die Existenz eines beleidigungsfreien Raums anzuerkennen ist, was er – im Ergebnis zu recht – verneint.¹⁶ Dass sich der Verteidiger nicht darauf verlassen kann, dass sein Mandant die Vertraulichkeit wahren werde,¹⁷ ist allerdings kein überzeugendes Argument: Ein Familienmitglied kann sich grundsätzlich viel weniger auf die Verschwiegenheit anderer Familienmitglieder verlassen als der durch die strafbewehrte Schweigepflicht des § 203 StGB geschützte Mandant eines Rechtsanwalts.¹⁸ Entscheidend ist, dass die Anerkennung der Familie als beleidigungsfreie Sphäre auf die Erwägung gestützt wird, dass der Mensch eine Sphäre braucht innerhalb derer er sich vollkommen frei äußern kann, um seinen angestauten Emotionen und/oder seinem Mitteilungsbedürfnis freien Lauf zu lassen.¹⁹ Auch diese Erwägung könnte aber allenfalls für die Straffreiheit beleidigender Äußerungen des Mandanten in Anspruch genommen werden, für den der Verteidiger, insbesondere im Falle einer Inhaftierung, die soziale Rolle des Blitzableiters wahrzunehmen haben kann,²⁰ die ansonsten in der Regel von nahen Familienangehörigen oder engsten persönlichen Vertrauten wahrgenommen wird.²¹ Anders liegt es dagegen bei Äußerungen des Verteidigers,²² der trotz allen Engagements eine berufliche und vor allem auch prozessuale Rolle wahrzunehmen und in dieser die Grenzen dessen zu wahren hat, was allgemein als erlaubt gilt. Dass dies unabhängig davon gilt, dass § 43 a BRAO den Rechtsanwalt zur Sachlichkeit verpflichtet, zeigt sich schon daran, dass die gleichen Maßstäbe auch für die Personen gelten müssen, die – z. B. als Hochschullehrer – eine Verteidigung führen und für die die BRAO eben nicht gilt.²³

Wenn es – wie vorliegend – um Äußerungen des Verteidigers geht, kommt allein eine Rechtfertigung über § 193 StGB in Betracht.²⁴ Im Ansatz vollkommen zu Recht geht der Senat davon aus, dass einerseits dem Verteidiger gegenüber dem Mandanten ein »offenes« Wort möglich sein muss, dass aber andererseits persönliche Schmähungen und Formalbeleidigungen die Grenze des Zulässigen überschreiten. Insoweit ist allerdings zu bemängeln, dass anhand der Entscheidungsgründe nicht nachvollzogen werden kann, ob die Einordnung der hier in Frage stehenden Äußerungen als persönliche Schmähung den Maßstäben gerecht wird, die das BVerfG in seiner Rechtsprechung immer wieder betont und die jüngst dazu geführt haben, dass die Bestrafung eines Journalisten wegen der in einer Fernsehsendung vorgenommenen Titulierung eines (General-)Staatsanwalts als »durchgeknallt« vom BVerfG als mit Art. 5 Abs. 1 GG unvereinbar aufgehoben wurde.

Das BVerfG geht davon aus, dass »auch eine überzogene oder gar ausfällige Kritik eine Äußerung für sich genommen noch nicht zur Schmähung [macht]. Eine Äußerung nimmt diesen Charakter erst dann ein, wenn nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern – jenseits polemischer und überspitzter Kritik – die Diffamierung der Person im Vordergrund steht.«²⁵ Erforderlich ist, »dass die persönliche Kränkung das sachliche Anliegen völlig in den Hintergrund drängt. Die Beurteilung dieser Frage erfordert regelmäßig, den Anlass und den Kontext der Äußerung zu beachten.«²⁶ Etwas anderes könne – so das BVerfG in seiner Entscheidung zum »durchgeknallten« Staatsanwalt – nur ausnahmsweise gelten, bei der Verwendung besonders schwerwiegender Schimpfwörter, etwa aus der Fäkal Sprache.²⁷

Ob die Berücksichtigung dieser Anforderungen im vorliegenden Fall zu einem anderen Ergebnis führen würde, muss an dieser Stelle offen bleiben, weil den Entscheidungsgründen nicht entnommen werden kann, in welchem Zusammenhang und zu

welchem Zweck die in Frage stehenden Äußerungen gefallen sind. Auch wenn es vorliegend – anders als im Fall des »durchgeknallten« Staatsanwalts – nicht um einen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung ging, sondern im Gegenteil um eine Äußerung, die intern bleiben sollte, stellt sich doch die Frage, ob nicht auch hier eine restriktive Auslegung geboten ist, weil die Größe, die der mit einer potentiellen Strafbarkeit des Verteidigers einhergehende »chilling effect« hat, maßgeblich auch dadurch beeinflusst wird, wie hoch oder wie niedrig man die Schwelle zur strafbaren Schmähkritik ansetzt.

III. Beihilfe zur Falschaussage

Das Landgericht hatte den beschuldigten Rechtsanwalt vom Vorwurf der Beihilfe zur uneidlichen Falschaussage sowie der Anstiftung zur uneidlichen Falschaussage freigesprochen. Der Senat hebt diesen Freispruch mit der Begründung auf, das Urteil weise »schon nach den getroffenen Feststellungen Erörterungsmängel« auf.

In der Sache ging es ursprünglich um den Vorwurf, der beschuldigte Rechtsanwalt habe, nachdem er mit dem Vater seines Mandanten eine Absprache darüber getroffen hatte, dass der Zeuge P eine entlastende Falschaussage machen sollte, mit diesem Zeugen dessen Falschaussage inhaltlich abgesprochen. Dieser Vorwurf, der unproblematisch eine Verurteilung wenig-

¹⁶ Vgl. auch bereits BGH bei Dallinger MDR 1954, 335; OLG Stuttgart NJW 1963, 119 mit krit. Anm. RUTKOWSKY; SKStPO/WOHLERS (Fn. 8), Vor § 137 Rdn. 144; LENCKNER in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, Vor § 185 Rdn. 9 b; vgl. auch – bezogen auf Formalbeleidigungen und Schähungen – OLG Hamburg NJW 1990, 1246 (1247); unentschieden OLG Hamm NJW 1971, 1852 (1854); a. A. NK/ZACZYK StGB, 2. Aufl. 2005, Vor § 185 Rdn. 40.

¹⁷ Auf einem anderen Blatt steht, dass die Straflosigkeit ehrenrühriger Behauptungen, die der Mandant allein gegenüber seinem Verteidiger äussert, auf die Erwägung gestützt werden kann, dass der Mandant davon ausgehen kann, dass seine Äußerung gegen seinen Willen nicht an Dritte gelangen wird, vgl. SKStPO/WOHLERS (Fn. 8), Vor § 137 Rdn. 144; vgl. auch RUTKOWSKY NJW 1961, 1546; DERS. NJW 1963, 120 – der allerdings eine generelle Privilegierung der Kommunikation zwischen Rechtsanwalt und Mandant befürwortet.

¹⁸ SCHLENDZIELORZ Umfang und Grenzen der straffreien Beleidigungssphäre, 1993, S. 231; HELLMER GA 1963, 129 (140); a. A. LG Aschaffenburg NJW 1961, 1544 mit abl. Anm. RUTKOWSKY für Äußerungen gegenüber »erprobten« Familienmitgliedern.

¹⁹ BVerfGE 90, 255 (260 f.); BVerfG NStZ 1996, 509 (510); OLG Frankfurt StV 1994, 442 (443); OLG Hamburg NJW 1990, 1246 (1247); OLG Stuttgart NJW 1963, 119 (120); Schönke/Schröder/LENCKNER (Fn. 13), Vor § 185 Rdn. 9; REGGE in: MüKo/StGB Vor § 185 Rdn. 58; RUDOLPH/ROGALL in: SKStGB, Vor § 185 Rdn. 47; HILGENDORF in: Leipziger Kommentar, 11. Aufl., § 185 Rdn. 13; HELLMER GA 1963, 129 (136); HILLENKAMP FS Hirsch, 1999, S. 571 f.; SCHLENDZIELORZ (Fn. 15), S. 107 ff.

²⁰ Vgl. SCHLENDZIELORZ (Fn. 18), S. 261 f.

²¹ Vgl. hierzu BVerfG NStZ 1981, 315; StV 1991, 306; BVerfGE 90, 255 (260 f.) mit Anm. WASMUTH NStZ 1995, 100 und Anm. POPP NStZ 1995, 413; BVerfG JR 1995, 379 (380) mit abl. Anm. KIESEL; BVerfG NStZ 1996, 509 f.; OLG Frankfurt StV 1994, 442; OLG Brandenburg StV 1995, 420 f.; vgl. aber auch HILLENKAMP (Fn. 19), 575, der offenbar auch Äußerungen gegenüber Anwälten generell aus der beleidigungsfreien Sphäre ausklammern will und stattdessen eine Lösung über § 193 StGB befürwortet (so auch LK¹¹/HILGENDORF [Fn. 19], § 185 Rdn. 14).

²² So auch SCHLENDZIELORZ (Fn. 18), S. 264.

²³ Vgl. ROXIN FS Hanack, 1999, S. 9; SKStPO/WOHLERS (Fn. 8), Vor § 137 Rdn. 11 m. w. N.

²⁴ Zur gebotenen restriktiven Anwendung des § 193 StGB vgl. SKStPO/WOHLERS (Fn. 8), Vor § 137 Rdn. 140 ff.

²⁵ BVerfG vom 12. 5. 2009 – 1 BvR 2272/04, Rdn. 28; vgl. auch bereits BVerfGE 82, 272 (283 f.); 85, 1 (16); 93, 266 (294); BVerfG NJW 1993, 1462; 2005, 3274; 2009, 749 (750).

²⁶ BVerfG vom 12. 5. 2009 – 1 BvR 2272/04, Rdn. 35; vgl. auch bereits BVerfGE 93, 266 (303); BVerfG NJW 2005, 3274 f.; 2009, 749 (750).

²⁷ BVerfG vom 12. 5. 2009 – 1 BvR 2272/04, Rdn. 35.

tens wegen Beihilfe zur Falschaussage ermöglicht hätte,²⁸ konnte im Verfahren nicht nachgewiesen werden. Nach den Feststellungen des Landgerichts hat der beschuldigte Rechtsanwalt die Ankündigung seitens des Vaters des Mandanten, der Zeuge P sei bereit, gegen Geld eine entlastende Aussage zu machen, zur Kenntnis genommen und erklärt, dass das durchaus machbar wäre. Weiterhin erklärte er man könne dem P trauen. In einem fernmündlichen Gespräch mit dem Zeugen P zeigte sich der beschuldigte Rechtsanwalt erfreut über die Erklärung des Zeugen P, dass der Mandant entgegen dem Anklagevorwurf nicht sein Auftraggeber gewesen sei. Der beschuldigte Rechtsanwalt, der aufgrund von Informationen, die er von seinem Mandanten erhalten hatte, wusste, dass dies nicht der Wahrheit entsprach, äusserte »das passt gut«. Weiterhin wurde in dem Telefonat darüber gesprochen, ein Verhalten des Vorsitzenden Richters zu provozieren, das der Verteidigung die Möglichkeit geben sollte, diesen wegen Befangenheit abzulehnen.

Der Senat ist der Auffassung, das Landgericht hätte auf der Grundlage dieser Feststellungen die Frage erörtern müssen, ob der Verteidiger sich dadurch einer unzulässigen aktiven Verdunkelung des Sachverhaltes schuldig gemacht habe, dass er den zur Falschaussage entschlossenen Zeugen durch die Äusserung »das passt gut« und/oder durch das Schmieden des Befangenheitskomplotts in seinem Entschluss zur Falschaussage bestärkt habe. Außerdem vermisst der Senat eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob das Verhalten des Verteidigers gegenüber dem Vater seines Mandanten, diesen darin bestärkt haben könnte, mit dem Zeugen P eine Falschaussage gegen Geld zu vereinbaren.

Die Entscheidung bestätigt die Einwände, die von den Kritikern der Rechtsfigur der psychischen Beihilfe durch Stärkung des Täters in seinem Tatentschluss ins Feld geführt werden und die *Stratenwerth* prägnant wie folgt formuliert hat: »Mit dieser Konstruktion verbindet sich die Gefahr einer das Erfordernis wirklicher Risikosteigerung umgehenden Verdachtsbestrafung. Deshalb darf nicht schon die bloße Billigung der Tat als Beihilfe angesehen werden, sondern allein die nachweisbare psychische Einwirkung etwa bei Beseitigung letzter Zweifel und Hemmungen des Täters.«²⁹ Die Rechtsprechung hat auf diese Kritik insofern reagiert, als sie bloße Zustimmung- und Solidarisierungsbekundungen für sich allein gesehen als nicht ausreichend ansieht und eine anhand von Indizien nachweisbare Bestärkung des Tatentschlusses für notwendig hält.³⁰ Der 2. Senat selbst hat hierzu festgehalten, »dass Beihilfe auch durch bloße Anwesenheit (»Dabeisein«, »Zugegensein«) bei der Haupttat geleistet sein kann, sofern dadurch – was sorgfältiger und genauer Feststellungen bedarf – die Tat in ihrer konkreten Gestalt gefördert oder erleichtert worden ist.«³¹ Wie *Martina Baunack* aufgezeigt hat, bestätigt eine nähere Analyse allerdings »den Verdacht, dass die Rechtsprechung die Strafbarkeit über das Institut der psychischen Beihilfe in unzulässiger Weise ausdehnt. Die Grenze zwischen einer bloßen (straflosen) Billigung der Tat und einer realen Förderung verschwimmen.«³² Diese Einschätzung gilt auch für die hier zu besprechende Entscheidung:

Dass der Senat in der vorliegenden Entscheidung, die Äusserung »das passt gut« als möglicherweise ausreichend einstuft, lässt schon daran zweifeln, dass die auch in der Rechtsprechung immer wieder betonte Zurückhaltung gegenüber der Annahme psychischer Beihilfe mehr ist als ein bloßes Lippenbekenntnis. Verstärkt werden diese Zweifel, wenn man berücksichtigt, dass offenbar auch das Schmieden eines »Befangenheitskomplotts«

als mögliche Grundlage für die Bestärkung des Tatwillens zu einer hiervon getrennten Falschaussage ausreichen können soll. Dass es nicht fern liegen soll, dass P durch die Diskussion über eine Provokation möglicher Befangenheitsgründe »subjektiv der Eindruck erhöhter Sicherheit vermittelt wurde, was ihn in seinem Vorhaben [eine inhaltlich falsche Aussage zu tätigen] bestärkt haben könnte«, ist eher überraschend. Vollends unverständlich ist, dass schliesslich sogar die Einwirkung auf den Vater des Mandanten ausreichend sein soll. Auch wenn diese Einwirkung tatsächlich geeignet war, den Vater des Mandanten darin zu bestärken, mit dem Zeugen P »eine bezahlte Sache zu machen«, bleibt doch vollkommen unerfindlich, wie diese Verhalten nachweisbar eine Stärkung nicht nur des Vaters des Mandanten, sondern – worauf es entscheidend ankommt – des Täterwillens des Zeugen P bewirkt haben soll. Hier hat man es mit der Figur einer psychischen Beihilfe zur Anstiftung zur Falschaussage oder aber mit einer psychischen Beihilfe zur psychischen Beihilfe zur Falschaussage zu tun. Das Landgericht hat dann also zunächst zu klären, ob sich der Vater des Mandanten einer Anstiftung oder (nur) einer – wohl auch psychischen – Beihilfe zur Falschaussage schuldig gemacht hat. In einem zweiten Schritt wäre dann zu klären, ob sich der beschuldigte Rechtsanwalt dadurch an dieser Tat beteiligt hat, dass er den Vater des Mandanten in seinem Tatentschluss psychisch bestärkt hat.

Zugunsten des Senats könnte man einwenden, dass er lediglich »Erörterungsmängel« rügt, nicht aber die Behauptung aufstellt, dass die Feststellungen eine Verurteilung tatsächlich tragen. Angesichts der auch und gerade vom BGH immer wieder betonten knappen Ressourcen der Justiz und angesichts dessen, dass Erörterungsmängel erst dann vorliegen, wenn sich eine Auseinandersetzung für den Tatrichter aufdrängen musste, wird man aber davon ausgehen müssen, dass der Senat die Möglichkeit einer Verurteilung ernsthaft für möglich hält, was indes – schon angesichts dessen, dass das Landgericht den als Beweismittel für eine relevante Bestärkung seines Täterwillens allein in Betracht kommenden Zeugen P als nicht glaubwürdig eingestuft hat – wohl nur dann zu erreichen sein wird, wenn die von der Literatur aus guten Gründe geforderte und von der Rechtsprechung bisher jedenfalls verbal zugestandene Notwendigkeit von Indizien, aus denen sich eine »nachweisbare Bestärkung des Tatentschlusses« ableiten lassen soll, praktisch nichts übrig bleibt.

Prof. Dr. Wolfgang Wohlers,
Zürich

²⁸ Vgl. nur BGH JR 1984, 299 mit Anm. BOTTKE; SKStPO/WOHLERS (Fn. 8), Vor § 137 Rdn. 128 m. w. N.

²⁹ STRATENWERTH Strafrecht Allgemeiner Teil I, 3. Aufl. 1981, Rdn. 899 unter Hinweis auf die grundlegenden Ausführungen von SAMSON Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972, S. 189 ff.; ebenso: STRATENWERTH/KUHLEN Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. Aufl. 2004, § 12 Rdn. 159; BAUNACK Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfe unter besonderer Berücksichtigung der psychischen Beihilfe, Berlin 1999, S. 99 ff., 127 ff.; HRUSCHKA JR 1983, 177 (178); KUDLICH Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, Berlin 2004, S. 370 f.; ROXIN Strafrecht Allg. Teil II, 2003, § 26 Rdn. 203 ff.

³⁰ BGH NStZ 1993, 385; 1993, 535; 1996, 563 (564); 1998, 517 f.; 1998, 622; 1999, 609 (610); 2002, 139; vgl. auch BGHSt 47, 100 (104).

³¹ BGH NStZ 1995, 490 (491); vgl. auch BGH NStZ-RR 2001, 40 f.; OLG Düsseldorf NStZ-RR 2005, 336.

³² BAUNACK (Fn. 29), S. 105.